

LA TUTELA CAUTELAR EN APOYO DE UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN BOLIVIA Y EN ESPAÑA TRAS LA LEY 1/2000, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, LA LEY 60/2003, DE ARBITRAJE Y LA LAC BOLIVIANA (1997)

Rosa Lapiedra Alcamí*

SUMARIO: 1.- Introducción: La importancia de las medidas cautelares en el marco de un procedimiento arbitral. 2.- Problemática que plantea la tutela cautelar en España. 3.- La evolución del sistema español en materia de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje: 3.1. El silencio de la Ley de Arbitraje de 1988 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. 3.1.a).- La interpretación doctrinal y jurisprudencial del silencio de la LA: su carácter altamente contradictorio. i).- La interpretación doctrinal. ii).- La interpretación jurisprudencial. 3.2. La regulación prevista por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. 3.3. Novedades introducidas en la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre y análisis comparativo con la Ley boliviana de arbitraje de 1997.

1.- Introducción.

La importancia de las medidas cautelares en el marco de un procedimiento arbitral

La pendencia de todo proceso conlleva un cierto riesgo para las partes. Así, durante el lapso de tiempo que transcurre desde que el proceso se inicia, o incluso antes, hasta que la decisión final es ejecutiva es muy frecuente que la parte que estima que va a perder realice actos que dificulten o impidan la efectividad de la decisión final que en su día pueda dictarse. Es por ello que, con carácter general, las medidas de protección persiguen evitar que se desvirtúe, perjudique o frustre la tutela judicial que pueda obtenerse al término del proceso. Su enorme trascendencia práctica deriva del hecho de que, en ocasiones, la eficacia misma del proceso puede depender de la adopción de una medida de aseguramiento, ya sea de personas o de sus bienes, adecuada a las exigencias del caso. En este sentido, las medidas cautelares presentan una importancia indiscutible en el marco de un procedimiento judicial, hasta el punto que no es posible concebirlo totalmente al margen de la tutela cautelar.

* Profª. de Derecho Internacional Privado
Universitat de València
(ESPAÑA)

El arbitraje constituye la vía generalmente utilizada para la resolución de los conflictos derivados del comercio internacional. De ahí que, con el objeto de que el arbitraje constituya una vía de resolución de controversias tan eficaz o más que la judicial resulta igualmente indispensable, a menudo, la adopción de una medida de protección. No debemos olvidar que el proceso arbitral y el judicial son en esencia equivalentes tal y como ha afirmado en repetidas ocasiones el Tribunal Constitucional¹. De hecho, el arbitraje queda sometido a las mismas limitaciones y vicisitudes procesales que la vía judicial. Resulta lógico por ende que ambos gocen de las mismas vías de protección del objeto del litigio. En definitiva, las partes que opten por acudir a esta forma privada de justicia en lugar de la vía judicial no deben ver limitado su derecho a la tutela judicial efectiva². Y este derecho a la tutela judicial efectiva incluye asimismo el derecho a la tutela cautelar. El propio legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley de arbitraje de 1988 pone e manifiesto que “El convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución”³. Es más, las medidas de protección todavía resultan más importantes, si cabe, en el ámbito del comercio internacional puesto que hay una mayor movilidad tanto de personas como de sus bienes. En consecuencia, resulta impensable un proceso arbitral en el que no se admitan las medidas de protección.

No en vano nos encontramos ante una de las cuestiones que más inquietan a la doctrina y a la práctica del arbitraje en la actualidad, no sólo por su complejidad, sino también por la ausencia de una respuesta adecuada en la mayor parte de los sistemas de nuestro entorno. Esta circunstancia se traduce en graves trastornos para los operadores del comercio internacional y para el desarrollo mismo de la justicia.

Tanto es así que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI/UNCITRAL- creaba en 1999 un grupo específico de trabajo sobre arbitraje para trabajar en esta materia y ya ha dado sus frutos pues ha concluido un a reforma del artículo 17 de la Ley Modelo⁴.

¹ Vid. Sent. TC, de 7 de febrero de 1989, *El Derecho*, 15/1989; Sent. TC, de 22 de marzo de 1991, *El Derecho*, 62/1991; Sent. TC, de 23 de noviembre de 1995, *El Derecho*, 174/1995.

² ARTUCH IRIBERRI, E.: “La adopción de medidas cautelares por el juez español en relación con el procedimiento arbitral: un conflicto se diluye (Comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 69 de Madrid, de 20 de junio de 1999)”, *R.C.E.A.*, 1999, pp. 150 y 151.

³ Vid. la Exposición de Motivos de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje.

⁴ Vid. el texto completo de la reforma en A/CN.9/WG.II/WP.141, Documento presentado por el Grupo de Trabajo II en materia de arbitraje en el 44º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL), celebrada en Nueva York, del 23-27 de enero de 2006.

2.- Problemática que plantea la tutela cautelar en España.

Con carácter general puede afirmarse que en España la cultura arbitral ha sido casi inexistente. Ello se debe, entre otras razones, a la desconfianza y recelo que tradicionalmente ha existido por parte de los jueces hacia la institución arbitral. Esta circunstancia se traducía en una absoluta falta de adecuación de la normativa existente a las necesidades reales de este mecanismo alternativo de resolución de controversias. Afortunadamente, este panorama está cambiando en los últimos años y lo cierto es que el legislador español está mostrando un amplio interés en potenciar el arbitraje, no sólo a nivel interno, sino también internacional.

La legislación española en materia de arbitraje se ha caracterizado por ser altamente insatisfactoria con carácter general y, muy especialmente, por lo que a la tutela cautelar se refiere. En efecto, la indudable necesidad de admitir las medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral -como se ha visto- chocaba frontalmente con lo previsto en la Ley de arbitraje de 1988 puesto que guardaba silencio sobre el particular. De este modo, la complejidad que rodea a esta cuestión se veía agravada en España por el hecho de que, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países, el legislador no se había pronunciado al respecto.

En realidad, hasta la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 9 de enero no había existido una norma expresa que regulara esta cuestión, con todos los inconvenientes que ello acarreaba en la práctica. Sin duda, esta Ley supuso un paso adelante muy importante al introducirse algunas mejoras considerables. Sin embargo, tampoco se consiguió, ni de lejos, solventar todos los problemas que se suscitaban en torno a esta cuestión. Por un lado, porque adolecía de lagunas importantes, tal vez en espera de que fuera una ley especial que la completara. Y, por otro lado, por cuanto que provocó un claro desajuste con lo dispuesto en la anterior Ley de Arbitraje de 1988 -como veremos-.

Junto a ello, tampoco la jurisprudencia existente arrojaba ninguna luz al problema, por cuanto que era escasa y contradictoria. De hecho, ante el silencio de la Ley de arbitraje de 1988, en supuestos prácticamente idénticos unas veces se admitían las medidas cautelares, mientras que en otros se denegaban sin más. Este hecho generaba una enorme inseguridad jurídica para los operadores del comercio internacional, a la vez que suponía vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en muchas ocasiones.

Finalmente, el 26 de marzo de 2004 entra en vigor la nueva Ley de arbitraje 60/2003 que, basándose en lo dispuesto en la Ley Modelo UNCITRAL, adopta

por primera vez en nuestro país una solución acorde con el resto de sistemas de nuestro entorno y, a su vez, actúa como complemento necesario de la LEC.

Ante esta situación tan compleja resulta necesario presentar, con carácter previo, la evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial que ha sufrido la regulación de la tutela cautelar en España. A continuación, se procederá a analizar el estado actual de la cuestión tras la entrada en vigor de la LEC de 2000 y nueva Ley de Arbitraje de 2004.

3.- La evolución del sistema español en materia de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje.

3.1. El silencio de la Ley de Arbitraje de 1988 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

La regulación contenida en la Ley española de arbitraje de 1988 -vigente hasta el 25 de marzo de 2004- planteaba numerosos problemas en materia cautelar. En este sentido, nuestro sistema únicamente admitía de forma expresa en el artículo 50 LA la adopción de medidas cautelares en la denominada fase post-arbitral, esto es, una vez había sido dictado el laudo arbitral. Pero, además, se requería que éste hubiera sido recurrido en anulación por alguno de los motivos previstos en la propia Ley. En definitiva, tan sólo preveía en su artículo 50 las medidas cautelares en vía de recurso contra el laudo.

Esta solución chocaba con la prevista en la inmensa mayoría de los sistemas de Derecho comparado donde se admite expresamente la posibilidad de adoptar medidas de protección en el marco de un arbitraje en todas las fases del procedimiento arbitral. Ya sea, antes de iniciarse el procedimiento arbitral, durante el desarrollo del mismo o una vez finalizado éste. Es por ello que tal solución resultaba altamente criticable por tres motivos fundamentalmente.

- A) En primer lugar, porque restringía enormemente la posibilidad de solicitar medidas de aseguramiento en apoyo de un arbitraje al condicionar su concesión a que se hubiera interpuesto el recurso de anulación contra el laudo.
- B) En segundo lugar, porque a su vez, dejaba sin cobertura legal la mayoría de los supuestos en que podía resultar de vital importancia la adopción de una medida de protección. De hecho, habitualmente su necesidad se manifestaba mucho antes de que se hubiera dictado el laudo pudiendo ser

requeridas, tanto durante el desarrollo del procedimiento arbitral o, incluso, antes de que éste se iniciase.

- C) Finalmente, puesto que resultaba bastante dudoso que en esta fase final del procedimiento todavía pudiera hablarse de tutela cautelar en sentido propio. Las medidas cautelares, una vez dictado el laudo, no pueden ser consideradas como tales porque, a partir de ese momento ya está pendiente el *exequatur*. De ahí que, lo procedente no es adoptar cautelas, sino ejecutar provisionalmente el laudo⁵.

Así pues, el legislador español en la Ley de arbitraje de 1988 no sólo dejaba sin regulación las medidas de aseguramiento, sino que, cuando hablaba de ellas no lo hacía con propiedad, porque lo que el denominaba “medidas cautelares” no lo eran en sentido estricto.

Ante el vacío legal de la Ley de arbitraje de 1988 quedaba como alternativa acudir a la L.E.C de 1881, en cuanto régimen aplicable con carácter supletorio a falta de Ley especial. Ésta por su parte, regulaba en el artículo 1428 la adopción de medidas de protección, pero referidas estrictamente a un proceso judicial, sin hacer referencia explícita o implícita en ningún momento al arbitraje⁶. Es por ello que fue interpretado mayoritariamente por la doctrina en el sentido de que la materia arbitral quedaba excluida de dicha norma.

En definitiva, las esperanzas depositadas en la Ley 36/1988 de arbitraje, de 5 de diciembre pronto quedaron frustradas. No logró ni propiciar el arbitraje en España, ni convertirla en una sede habitual del arbitraje comercial internacional. Ello se debió fundamentalmente, a los problemas que planteó dicha Ley desde su misma promulgación⁷. De hecho, fue objeto de muchas críticas⁸, entre otras razones, porque hizo caso omiso de la Ley modelo UNCITRAL de 1985.

⁵ LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.: “Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional”, La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, nº 5046, de 4 de mayo de 2000, pág. 2.

⁶ El art. 1428 de la L.E.C. de 1881 habla expresamente de “juicio”, “juez” y “demanda”, esto es, que trata de garantizar la efectividad de un proceso judicial sin hacer en ningún momento referencia expresa al arbitraje.

⁷ Vid. los comentarios realizados a la Ley española de arbitraje de 1988 donde se pone de relieve las deficiencias de que adolecía desde sus inicios, sobre todo, en los Títulos IX y X, relativos a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros y a las normas de Derecho internacional privado, respectivamente, en Comentarios a la Ley de Arbitraje, Madrid, Civitas, 1989.

⁸ ESPLUGUES MOTA, C.: “Reflexiones en torno a una frustración: el Título IX de la nueva Ley española de arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros”, R.C.E.A., 1988-1989, págs 158 y ss.

3.1.a). La interpretación doctrinal y jurisprudencial del silencio de la LA: su carácter altamente contradictorio

Como terminamos de ver, la Ley de arbitraje de 1988 guardaba silencio sobre esta materia. Este hecho, de por sí negativo, adquiriría una especial relevancia si consideramos que el Anteproyecto de la Ley de Arbitraje sí que contenía una disposición sobre el particular. En efecto, el citado texto elaborado por el Ministerio de Justicia en 1988 preveía en su artículo 30 la posibilidad de que los árbitros pudiesen adoptar las medidas cautelares que estimasen oportunas en cualquier fase del procedimiento arbitral, bien de oficio bien a instancia de parte, para cuya ejecución se podría solicitar la colaboración de los jueces. Sin embargo, este precepto fue suprimido finalmente en el Proyecto que el Gobierno presentó a las Cortes Generales⁹.

Sin embargo, la supresión del precepto que admitía la tutela cautelar en el arbitraje no se produjo por el hecho de que se estimara que no era conveniente la adopción de medidas de protección al amparo de un procedimiento arbitral, sino que fue un texto que tuvo que someterse a la transacción política entre partidarios y detractores de la institución arbitral¹⁰. De hecho, la desaparición de este “artículo 30” fue objeto de numerosas enmiendas por parte de los distintos grupos políticos¹¹. En efecto, se dejaba un vacío legal en materia de adopción de medidas cautelares en España, tanto antes del comienzo del procedimiento arbitral, como durante el desarrollo del mismo e incluso después de dictado el laudo cuando no había sido recurrido. Esta situación daba lugar a una enorme inseguridad jurídica, por cuanto que llevó tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a mantener posturas confrontadas, planteándose numerosos problemas en la práctica, como se verá a continuación.

De haberse introducido este artículo 30 se habría resuelto el problema

⁹ LORCA NAVARRETE, A.M.: Manual de Derecho de arbitraje interno e internacional, Madrid, Civitas, 1997, pág. 795; MUÑOZ SABATÉ, L.: “Medidas cautelares en el arbitraje a la luz de la máxima *inclusio unius, exclusio alterius*”, *Rev. Jur. Cat.*, 1996, pág. 201.

¹⁰ CREMADES, B.M.: “El convenio arbitral”, *Diario La Ley*, de 4 de abril de 2003, pág. 8.

¹¹ De entre las enmiendas que se presentaron destacan las relativas al actual artículo 27 que se correspondía con el artículo 28 del Anteproyecto de Ley de Arbitraje. Este precepto recogía la posibilidad de solicitar la colaboración de los jueces para la práctica de las pruebas. Pues bien, estas enmiendas hacían extensible esta posible colaboración de los jueces al ámbito de las medidas cautelares. Las enmiendas introducidas fueron las siguientes: 1.ª- enmienda núm. 15 del grupo parlamentario del P.N.V.; 2ª.- enmienda núm. 188 del grupo parlamentario del C.D.S.; 3ª.- enmienda núm. 218 del grupo parlamentario del C.P.; 4ª.- enmienda del grupo parlamentario de Minoría catalana; enmienda núm. 35 del grupo mixto; 5ª.- enmienda núm. 63 del grupo parlamentario CiU. Vid el texto completo de las diferentes enmiendas en la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, vol. 1-1989, págs. 11 y ss; así como en LORCA NAVARRETE A.M. – SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje Español. Manual Teórico-Práctico de Jurisprudencia Arbitral Española*, Madrid, Dykinson, 1997, págs. 369-370.

incorporando una respuesta que, además, habría estado en consonancia con las soluciones previstas en el Derecho comparado.

i).- La interpretación doctrinal.

Desde el punto de vista doctrinal, las soluciones son múltiples y variadas. Así, un sector identificaba el silencio con la prohibición¹². De ahí que negara la posibilidad de admitir la tutela cautelar en nuestro sistema, con la única excepción del supuesto previsto en el art. 50 de la Ley de arbitraje. Esto es, las medidas adoptadas en vía de recurso contra el laudo. No obstante, consideraban imprescindible una reforma de la Ley de Arbitraje de 1988 que introdujera una regulación en la materia permitiendo su adopción en apoyo de un arbitraje comercial internacional en todas las fases del procedimiento¹³.

Otro grupo de autores, sin embargo, sostenía que el hecho de que no se hubiera incluido una norma en este sentido, no era óbice para interpretar que no se admitía la adopción de medidas cautelares al amparo de un arbitraje en nuestro sistema. Esto es, alegaban que la máxima "*inclusio unius, exclusio alterius*" no resultaba del todo adecuada en este caso¹⁴. Cabría suponer que, si no se incorporó una norma expresa fue porque tal vez se consideró que no era una cuestión que debía regular la Ley especial, sino que, por el contrario, se debía regir según los principios generales del sistema de justicia cautelar¹⁵. En definitiva, abogaban por la admisibilidad de las medidas cautelares en el arbitraje, a pesar del silencio de la Ley, acudiendo con carácter supletorio a la L.E.C.¹⁶.

¹² Vid. BARONA VILAR, S.: "Comentario a la AAPP de 25 de noviembre de 1994", R.C.E.A., vol. XI, 1995, págs. 291 y 292; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: Comentarios a la Ley de Arbitraje, coordinados por BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 758; VALLS GOMBAU, J.F.: "Las medidas cautelares reguladas en las Leyes especiales", Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., 1993, pág. 410; LORCA NAVARRETE, A.: Manual de Derecho de..., op. cit., págs. 795 y 796; CORDÓN MORENO, F.: El arbitraje en el derecho español, interno e internacional, Madrid, Aranzadi, 1995, pág. 135.

¹³ POCH SERRATS, F.: "Las medidas cautelares en el arbitraje", Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació Catalana per a l'Arbitratge, Butlletí nº 7, pág. 54; CUCARELLA GALIANA, L.A.: "Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la Jurisprudencia reciente", Trib. Jus., nº 3, marzo, 1997, pág. 315; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - ARTUCH IRIBERRI, E.: "Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de arbitraje, de 5 de diciembre, presentada por la Corte Española de Arbitraje", R.C.E.A., 1997, pág. 328.

¹⁴ MUÑOZ SABATÉ, L.: "Medidas cautelares ...", art. cit., págs. 199-202.

¹⁵ MUÑOZ SABATÉ, L.: "Medidas cautelares en ...", art. cit., pág. 201.

¹⁶ Vid por todos, RAMOS MÉNDEZ, F.: "La nuova disciplina dell'arbitrato in Spagna", Riv. Trim. Dir. Prov. Civ., 1990, pág. 248; MUÑOZ SABATÉ, L.: "Embargo preventivo y proceso arbitral. Comentario al auto de 12 de marzo de 1993 del juzgado nº 17 de Madrid, en relación con un proceso seguido ante el Tribunal Arbitral de Barcelona", Rev. Jur. Cat., 1993, págs. 803-805; CUCARELLA GALIANA, L.A.: "Medidas cautelares ...", art. cit., pág. 309; CREMADES, B.: "España estrena nueva Ley de arbitraje", La Ley, 1989-1, pág. 112.

Finalmente, otro sector doctrinal, encabezado por GARCIMARTÍN ALFÉREZ, apuntaba que la Ley de Arbitraje de 1988 no permitía expresamente la tutela cautelar, pero tampoco la prohibía. De ahí que, teniendo en cuenta que estamos ante una institución basada fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de las partes, abogaron por la posibilidad de incluir una cláusula en el convenio arbitral facultando expresamente a los árbitros para la adopción de las medidas cautelares que estimaran oportunas¹⁷. De este modo, cuando las partes hubiesen manifestado su voluntad no habría duda en cuanto a su competencia. Pero, de *lege lata*, a falta de tal manifestación, la interpretación debía ser restrictiva excluyendo, pues, la competencia de los mismos¹⁸.

A pesar de que no existía impedimento legal alguno a la admisión de esta posibilidad, lo cierto es que en la práctica lo habitual es que las partes no se pronunciaran al respecto.

A pesar de esta disparidad de opiniones entre la doctrina, lo cierto es que todos coincidían en que la inadmisión de esta tutela cautelar significaría convertir al arbitraje en una vía de resolución de conflictos ineficaz en un gran número de casos. De hecho, ya se ha visto como la efectividad del procedimiento arbitral depende a menudo de la adopción de medidas cautelares. En efecto, “sostener la solución contraria en el caso español nos colocaría en una posición claramente opuesta a la de nuestro entorno”¹⁹. Y, a la vez supondría, como hemos visto, privar de eficacia en muchas ocasiones al procedimiento arbitral.

De ahí que de forma casi unánime todos reclamaban una reforma legal que aportara seguridad jurídica a los operadores del comercio internacional y pusiera fin, de una vez por todas, a la incertidumbre existente.

ii).- La interpretación jurisprudencial.

Desde el punto de vista jurisprudencial, este vacío legal ha llevado a que en España no pueda hablarse de una práctica uniforme, sino más bien todo lo contrario, en cuanto que el escasísimo número de resoluciones existente en la materia muestra un carácter altamente contradictorio²⁰. Así, los tribunales

¹⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, Madrid, McGrawhill, 1996, pág. 186.

¹⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: El régimen de..., op.cit, pág. 185. LORCA NAVARRETE, A.M.: Manual de Derecho ..., op. cit., pág. 145.

¹⁹ CUCARELLA GALIANA, L.A.: “Medidas cautelares ...”, art. cit, pág. 313.

²⁰ Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) de 25 de noviembre de 1994, R.G.D., 1995, nº 605, págs. 5702-5703 y R.C.E.A., 1995, págs. 289-292 con la nota de BARONA VILAR, S.; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección

también han interpretado en diferentes ocasiones, no sólo el silencio de la Ley de arbitraje de 1988, sino también el sentido del citado art. 50 de la misma y, en general, las soluciones que proporcionan sobre el particular se caracterizan por su irregularidad. De esta suerte, se cruzaría una posición mayoritaria favorable²¹ a la concesión de la tutela cautelar solicitada a pesar del vacío legal, con otra que se negaba a concederla²².

Esta dualidad de interpretaciones contrapuestas daba lugar a situaciones totalmente injustas y, además, provocaba una enorme inseguridad jurídica en los operadores del comercio internacional. Ello se debía, fundamentalmente a que ante situaciones prácticamente idénticas, en unos casos se acordaba la adopción de medidas cautelares ante la jurisdicción, mientras que en otros era rechazada sin más. En éste último caso, aun cuando la denegación de la medida cautelar se recurría en apelación, en la mayoría de los casos el recurso se resolvía una vez se había dictado el laudo arbitral, dada la lentitud de la

16ª) de 21 de julio de 1992, R.G.D., 1993, nº 582, págs. 21340-2141; Auto AP de Oviedo (sección 5ª), de 19 de febrero de 1993; el Auto de la Audiencia provincial de Cádiz de 12 de junio de 1992, R.C.E.A., 1992, pp. 221 y ss; Sent. AP de Oviedo, de 28 de abril de 1992, R.J. Asturias, 1993, nº 16, págs. 397-399; Sent. TS, de 14 de mayo de 1992, R.A., 1992, págs. 5458-5460.

²¹ El Auto A.P. de Barcelona (sección 16), de 25 de enero de 1994, al interpretar el sistema español de medidas cautelares contenido en la Ley de Arbitraje de 1988, afirma que puesto que "no existe prohibición legal expresa a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en nuestra Ley de arbitraje nada impide que se ordenen"; el Auto AP de Barcelona (sección 16), de 25 de noviembre de 1994 afirma la validez de la medida cautelar adoptada, R.G.D. 1995, nº 605, págs. 5702-5703 y R.C.E.A., 1995, págs. 289-292, con la nota de BARONA VILAR, S; Auto A.P. de Cádiz, de 12 de junio de 1992, R.C.E.A., 1992, pág. 221. El Auto de la A.P. de Barcelona de 25 de noviembre de 1994, así como también en el mismo sentido encontramos el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de junio de 1992. En ambos y en relación a la solicitud de medidas cautelares ante los jueces en apoyo de arbitrajes internos, el juez decide concederlas por analogía con la solución existente en el ámbito internacional. A tal efecto, el órgano jurisdiccional se apoya erróneamente en lo dispuesto en el artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961. Partiendo de la admisión de la tutela cautelar en función del arbitraje en el plano internacional, traslada esta misma solución al plano interno; Auto A.P. de Barcelona (sección 16), de 21 de julio de 1992, R.G.D., 1993, nº 582, págs. 21340-21341; Sent. T.S., de 14 de mayo de 1992, R.A., 1992, pág. 4124; Sent. A.P de Oviedo (sección 5ª), de 28 de abril de 1992, en este caso, sostiene el Tribunal que el inicio o pendencia de un proceso arbitral es suficiente para poder ordenar un embargo preventivo; R.J. Asturias, 1993, nº 16, pág. 4124; el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 19 de marzo de 1993 sostiene que, si está fuera de toda duda que "se precisa la intervención judicial tanto para la ejecución del laudo, como para la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento del laudo impugnado, nada debe impedir que tales medidas, y con la misma finalidad, puedan adoptarse antes de que aquél se emita (...)"

²² El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 25 de mayo de 1994, declaró la nulidad de un embargo preventivo como medida de protección previa a un proceso arbitral. El Tribunal llega a esa conclusión al realizar una interpretación estricta del tenor literal de la Ley de arbitraje que, en efecto no permite expresamente la adopción de medidas cautelares ni durante el procedimiento arbitral ni en una fase posterior, sino tan sólo durante la pendencia del recurso de anulación contra el laudo arbitral; Auto AP de Barcelona (sección 12ª), de 2 de septiembre de 1990, en R.G.D., 1991, págs. 1824-1829, establece que "únicamente cabrá acordar medidas cautelares para garantizar la ejecución de una sentencia, pero no la de un laudo arbitral". En otros casos, la reticencia de los jueces en la adopción de medidas cautelares respecto un arbitraje se manifiesta a través de la interposición de obstáculos procesales.

justicia estatal. Y, en ese momento, la medida cautelar solicitada carecía de sentido, por cuanto que el daño que se pretendía evitar con ella seguramente ya se había producido. De este modo, la parte solicitante de la medida quedaba en la más absoluta indefensión.

Así lo admitió expresamente la Audiencia Provincial de Barcelona en el Auto de 25 de noviembre de 1994²³. Con ocasión de un procedimiento arbitral, una de las partes solicitó ante la jurisdicción estatal la adopción de un embargo preventivo, medida que fue denegada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona. A continuación, la parte recurrió dicha decisión ante la Audiencia Provincial alegando los mismos motivos que en Primera Instancia. Sin embargo, en el momento de celebración de la vista del recurso, ya se había dictado el correspondiente laudo arbitral y, por tanto, dejaban de ser necesarias por haberse producido el perjuicio, irreparable que se trataba de impedir.

El Tribunal era consciente de que dadas las circunstancias del caso y la lentitud del sistema procesal vigente, la mayor parte de los recursos que se formularan sobre esta cuestión estarían en esta misma situación. Ante este panorama, no es de extrañar que el recurso al arbitraje como método de resolución de controversias en España tuviera poca aceptación en la práctica. La incertidumbre que generaba esta situación alentaba a las partes a huir de España en busca de una normativa que salvaguardase mejor sus intereses más legítimos.

Este carácter tan controvertido que tenía en España la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el curso de un procedimiento arbitral chocaba con la tendencia seguida por prácticamente la totalidad de los sistemas de Derecho comparado, así como con los Reglamentos de las Instituciones de arbitraje más solventes y utilizadas. Prácticamente en todos ellos se admitía sin reservas la posibilidad de ordenar medidas de protección en vía arbitral.

Esta admisión generalizada en los sistemas de nuestro entorno reforzaba todavía más, si cabe, la idea de la necesidad de cambio en nuestro sistema. Y, sin duda, el colofón fue el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la conocida sentencia en el asunto *Van Uden* donde se afirma la posibilidad de adoptar medidas cautelares para garantizar la efectividad de un laudo arbitral²⁴.

²³ Auto AP de Barcelona, de 25 de noviembre de 1994, Rev. Vas. Der. Pr. Arb., 1, 1996, págs. 313 y 314.

²⁴ Sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 1998 en el asunto C-391/95 *Van Uden Maritime B.V.v. Deco Line y otros*, R.C.E.A., 1998, pp. 91 y ss; Rev. Arb., 1999, nº 1, pp.151 y ss.

Finalmente, la jurisprudencia española se hizo eco de esta tendencia generalizada y afortunadamente en los últimos seis años ha pasado a ser más uniforme en sus decisiones. Así, a pesar de la ausencia de una normativa expresa que atribuyera la competencia a los jueces en materia cautelar en apoyo de un arbitraje, la jurisprudencia más reciente ya se muestra más acorde con las soluciones de Derecho comparado definiéndose mayoritariamente en un sentido positivo, es decir, abogando por su admisión. De este modo, estima competentes a los jueces españoles para la adopción de medidas cautelares en el curso de un proceso arbitral con independencia de que el procedimiento se estuviese desarrollando en el extranjero.

Un primer ejemplo de esta nueva línea jurisprudencial lo encontramos en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 14ª) de 8 de marzo de 1999²⁵ donde se afirma que los árbitros no pueden adoptar dichas cautelas, si bien añade que nada impide que éstas sean adoptadas por un juez. Unos meses más tarde el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, se pronuncia con toda claridad en el Auto de 20 de junio de 1999²⁶ admitiendo la posibilidad de solicitar la tutela cautelar de los jueces respecto de un proceso arbitral sin plantearse obstáculo alguno.

La argumentación del tribunal en ambos casos se apoyaba en el hecho de que la adopción de las medidas cautelares, tanto antes como durante el arbitraje, se dirigen a asegurar el cumplimiento del laudo. Por tanto, no tendría sentido admitirlas con posterioridad para asegurar la efectividad de la decisión arbitral final e impedir las antes puesto que todas persiguen, en definitiva, el mismo objetivo²⁷.

Sin duda alguna, la práctica venía reclamando desde antaño una reforma en la Ley de Arbitraje de 1988. Resultaba imprescindible admitir de forma expresa lo que ya empezaba a ser una práctica habitual, porque el vacío legal había generado demasiada desconfianza entre los comerciantes. Situación ésta que había contribuido también a evitar que el fenómeno del arbitraje se desarrollase en España.

En definitiva, la necesidad de una reforma urgente de la Ley española de arbitraje de 1988 se hizo patente al poco tiempo de su promulgación y llevó

²⁵ El Derecho, rec. 937/1997.

²⁶ Auto JPI núm. 69 de Madrid, de 20 de junio de 1999, inédito. Vid., el comentario que del mismo realiza ARTUCH IRIBERRI, E.: "La adopción de ...", art. cit., pág. 149.

²⁷ CUCARELLA GALIANA, L.A.: "Medidas cautelares ...", art. cit., pág. 314.

en el año 1996 a que la Corte de Arbitraje Española elaborara un proyecto de reforma que no llegó a aprobarse²⁸.

3.2. La regulación prevista en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El 9 de enero de 2001 entró en vigor la nueva Ley de enjuiciamiento civil. Este texto supone importantes cambios en la materia que nos ocupa, no sólo respecto de las soluciones contenidas en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, sino también en relación a la Ley de arbitraje de 1988. La reforma introducida modifica sustancialmente el modelo cautelar español, en cuanto que se introduce, por vez primera en nuestro sistema, una norma expresa diseñada para el ámbito arbitral. Entre otros objetivos, el legislador quiso poner fin a la controvertida cuestión relativa a la admisibilidad, o no, de las medidas de aseguramiento en apoyo de un arbitraje en nuestro sistema. O mejor, reconocer expresamente lo que ya empezaba a ser un sentir general y una práctica habitual entre la jurisprudencia. Se dotaba así de mayor seguridad jurídica a esta institución como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Esta regulación se incardina en el Libro Tercero de la LEC, de los cuatro que la componen, bajo la rúbrica “de la ejecución forzosa y de las medidas cautelares”. Este libro, a su vez, consta de seis Títulos. El VI y último es el que con el encabezamiento “de las medidas cautelares” se dedica a esta cuestión. Concretamente, la nueva solución se recoge en el artículo 722²⁹. Del tenor de

28 Vid. la propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de arbitraje, de 5 de diciembre, presentada por la Corte Española de Arbitraje, en R.C.E.A., 1997, págs. 309 y ss. Vid., asimismo, el comentario realizado a la misma por FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - ARTUCH IRIBERRI, E.: “Propuesta de reforma...”, art. cit., págs. 303-357. Esta propuesta de reforma proponía, entre otras cosas, la introducción de una regulación específica en el artículo 44 para las medidas de protección asociadas a un arbitraje. La idea fundamental que inspiraba esta modificación era la de colaboración entre las instancias judicial y arbitral. El contenido del artículo 44 quedaba del siguiente modo: “1. Las partes en un arbitraje pueden solicitar medidas cautelares ante los jueces y tribunales, para el aseguramiento de los bienes objeto del litigio. En la decisión acerca de la medida los jueces aplicarán las normas vigentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. La solicitud de medidas cautelares ante el juez por una parte en un procedimiento arbitral no se considerará renuncia a la eficacia del convenio de arbitraje. 3. Podrán las partes, de común acuerdo, someterse a las medidas cautelares que dicten los árbitros en el curso del procedimiento arbitral”. Con este precepto se pretendía poner fin a la incertidumbre jurídica provocada por la ausencia de regulación en nuestro sistema de arbitraje. Así, por un lado, se atribuía competencia tanto a los jueces como a los árbitros en materia cautelar respecto de cualquier fase del procedimiento. Y, por otro, se declaraba la compatibilidad entre un convenio arbitral y la solicitud de medidas cautelares ante los jueces. Finalmente, este proyecto modificación de la Ley de arbitraje española de 1988 no llegó a aprobarse.

29 Artículo 722 de la L.E.C.: “Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento.

la norma se deducen varias cuestiones de interés.

En primer lugar, que el conocimiento del asunto en cuanto al fondo por parte de los árbitros es suficiente para garantizar la obtención de una medida de carácter provisional³⁰. Ahora bien, la posibilidad de solicitar una medida de este tipo queda supeditada a que se “*acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento*”. En definitiva, basta probar de algún modo que se interviene en un proceso arbitral.

Este precepto no deja de ser digno de alabanza, pues ya no cabe la menor duda de la admisión de la tutela cautelar, a pesar de la existencia de una cláusula arbitral. Dicho de otro modo, se reconoce expresamente la compatibilidad entre la existencia de un procedimiento arbitral y la solicitud de medidas cautelares ante los jueces.

Afortunadamente, se pone fin -de una vez por todas- a la inseguridad jurídica de las partes que opten por recurrir al arbitraje en España. Baste recordar el carácter tan contradictorio de la jurisprudencia y de la doctrina debido al silencio de la normativa anterior. Asimismo, queda patente la necesaria colaboración entre los jueces y los árbitros, a fin de que el arbitraje constituya una vía de resolución de conflictos plenamente eficaz.

El efecto de esta nueva norma se manifiesta de inmediato en la práctica ya que la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor de la LEC no duda en ordenar medidas cautelares aun cuando se trate de un procedimiento arbitral seguido en el extranjero³¹.

En segundo lugar, el párrafo 1º del art. 722 establece que la competencia para la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje corresponde a la jurisdicción estatal, no en vano dispone que “*podrá pedir al tribunal*

Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en un país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles”.

³⁰ ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del artículo 11 de la Ley 36/1988 Disposición final octava de la ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento Civil”, texto de la ponencia pronunciada en Aranjuez el 19 de enero de 2001, con ocasión de las Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado.

³¹ AP Cádiz, sec. 7ª, A de 22 de abril de 2002, nº 234/2002, rec. 181/2002, El Derecho, EDJ 2002/43037.

medidas cautelares quien (...)". Los jueces serán los únicos legitimados a tenor de disposición para conceder una medida de aseguramiento.

A pesar de que hemos de valorar positivamente la introducción de esta norma, no está exenta de críticas. Así, por ejemplo, guarda silencio acerca de la posible competencia de los árbitros para ordenar medidas de este tipo, ¿significa ello que los árbitros que en realidad son quienes están conociendo del fondo del asunto carecen de poder para adoptar medidas cautelares? Es criticable la falta de legitimación de los árbitros a tal efecto, sobre todo teniendo presente que la inmensa mayoría de los sistemas estatales, así como Reglamentos institucionales de arbitraje optan por una competencia concurrente de ambos órganos en materia cautelar. Este silencio respecto a la competencia de los árbitros llama todavía más la atención si se tiene en cuenta que en el seno de la UNCITRAL está concluida una reforma en la Ley modelo de arbitraje de 1985³² precisamente con el objeto de atribuir competencia a los árbitros para la adopción de medidas de protección. Habría sido deseable que se hubiera hecho eco de esta nueva realidad.

Uno de los argumentos en que se apoyó el legislador para declarar a los jueces como los únicos órganos competentes en materia cautelar refiere a la falta de poder coercitivo de los árbitros. Sin duda, esta circunstancia obligaría a acudir siempre ante las autoridades judiciales para que las ejecutaran ante el incumplimiento de la parte afectada. Ante esta situación, entenderían que los jueces no las ejecutarían directamente, sino que procederían a examinar la concurrencia de los presupuestos de la tutela cautelar, lo que a su juicio implicaría duplicar esta tarea. O, al menos entienden que resultaría muy complicado concretar los límites a que estarían sometidos los jueces al realizar tal examen³³.

Todos estos inconvenientes desaparecerían si a las decisiones de los árbitros en materia cautelar se les otorgara el mismo tratamiento que a los laudos arbitrales que ponen fin al conflicto. Esta es precisamente la línea seguida por la UNCITRAL en la reforma que ha concluido recientemente y que en parte ha incorporado la Ley 60/2003, de arbitraje³⁴.

³² Vid. el texto completo de la reforma en A/CN.9/WG.II/WP.141, Documento presentado por el Grupo de Trabajo II en materia de arbitraje en el 44º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL), celebrada en Nueva York, del 23-27 de enero de 2006.

³³ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: "Comentario al artículo 722 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil CORDÓN MORENO, F. y otros: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Vol. II, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 664.

³⁴ Esta solución se ha incorporado en el párrafo 2º de la Ley 60/200, de 23 de diciembre, de Arbitraje del siguiente modo: "A las decisiones de arbitrales sobre medidas cautelares,

En tercer lugar, de la lectura conjunta de los párrafos 1º, 2º y 4º del art. 730 de la LEC se extrae claramente la posibilidad de ordenarlas, no sólo durante el desarrollo del arbitraje y una vez pendiente el recurso contra el laudo, sino también con anterioridad a su inicio. En los dos primeros casos, su concesión está condicionada a que *“la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos”*. Sin embargo, en el último supuesto quedan supeditadas a que *“quien en ese momento las pida alegue y acredite razones de urgencia o necesidad”*³⁵. De esta forma se cubre una importante laguna legal que tantos problemas había planteado en la práctica, como se ha visto. En efecto, con anterioridad a esta Ley tan sólo se admitían las medidas cautelares una vez dictado el laudo arbitral siempre que hubiera sido recurrido en anulación, a tenor de lo previsto en el artículo 50 de la Ley de arbitraje de 1988. Sin embargo, ahora se admiten en todas las fases del procedimiento arbitral, esto es, antes, durante y después. Esto ha supuesto un gran avance, puesto que en un gran número de casos la necesidad de una medida de este tipo surgía antes de iniciarse el procedimiento arbitral.

Es de señalar que la LEC no menciona las medidas postarbitrales, esto es, aquellas que se solicitan cuando el laudo se ha dictado pero no ha sido recurrido. Entendemos que este silencio ha sido intencionado. Quizás con ello el legislador ha querido poner de manifiesto que una vez se ha emitido la decisión arbitral lo procedente es ejecutarla provisionalmente, pero no adoptar cautelares³⁶.

En cuarto y último lugar, tal y como se configura el sistema, la solicitud de auxilio jurisdiccional en apoyo de un arbitraje es factible, tanto si se trata de un proceso arbitral pendiente en España como en el extranjero³⁷. Sin embargo, los condicionantes exigidos en una hipótesis y en la otra no son iguales. Veamos cuáles son las dos posibilidades que se prevén en la legislación arbitral española para el solicitante de medidas cautelares en relación a un arbitraje, según el procedimiento arbitral se esté desarrollando en España o en el extranjero.

A) Cuando se trate de solicitar colaboración judicial para la adopción de medidas de protección en apoyo de un arbitraje interno, únicamente se exige al solicitante que acredite *“ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial (...); o, en el*

cualquiera que sea la forma que revistan les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”.

³⁵ Párrafo 2º del artículo 730 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil

³⁶ LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.: “Medidas cautelares en arbitraje...”art. cit., pág. 2.

³⁷ Esta posibilidad se recoge en el párrafo 2º del artículo 722 de la LEC.

supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento”³⁸. En este caso, la Ley no impone ningún tipo de restricción ni requisito adicional, basta probar la participación en un proceso arbitral celebrado en España para poder solicitar la asistencia de los jueces españoles.

B) Asimismo, podrá solicitar auxilio a los tribunales españoles “(...) *quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero (...)*”³⁹. Sin embargo, cuando la petición de cooperación judicial refiere a un arbitraje celebrado en el extranjero se imponen condiciones mucho más gravosas que respecto de un arbitraje celebrado en España. De hecho, los jueces españoles podrán cooperar con el arbitraje celebrado en el extranjero únicamente “(...) *en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles*”⁴⁰.

Deben señalarse varias cuestiones de interés. Por un lado, que el legislador parece asimilar totalmente el proceso arbitral celebrado en el extranjero a la jurisdicción extranjera⁴¹. Esto es, da un tratamiento idéntico cuando se trata de solicitar la colaboración judicial en materia cautelar, ya sea en apoyo de un procedimiento judicial o arbitral celebrados fuera de España. Esta equiparación afecta negativamente al arbitraje en nuestro país, porque excluirá en muchos casos el auxilio de los jueces españoles en materia cautelar respecto de un procedimiento arbitral celebrado fuera de España. Sin embargo, curiosamente tal asimilación no se produce respecto de un arbitraje celebrado en España.

En efecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 722.2º, se deduce que se denegará la colaboración judicial cuando el arbitraje celebrado en el extranjero verse sobre alguna materia que sea competencia exclusiva de la jurisdicción española.

Para ver este efecto nocivo resulta necesario señalar, tal y como afirma ARTUCH IRIBERRI, que la arbitrabilidad de una materia no se ve afectada por el mero hecho de tratarse de una competencia exclusiva⁴². Esto es, que algunas materias que son competencia exclusiva de la jurisdicción estatal son, sin embargo, susceptibles de ser sometidas a arbitraje. El elemento determinante

³⁸ Párrafo 1º del artículo 722 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

³⁹ Párrafo 2º del artículo 722 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

⁴⁰ Artículo 722.2 in fine de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

⁴¹ ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del ...”, art. cit., pág. 207.

⁴² ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del ...”, art. cit., pág. 210.

del carácter arbitrable de una materia consiste en que estemos ante un sector incluido dentro de la esfera de la libre disposición de las partes⁴³. Aunque resulte paradójico, es de destacar que, alguna de las materias disponibles se configuran como competencias exclusivas de la jurisdicción estatal. Esto es precisamente lo que ocurre con la impugnación de los acuerdos societarios de personas jurídicas, materia sobre la que se atribuye la competencia, con carácter exclusivo, a los órganos jurisdiccionales del lugar donde estén domiciliadas⁴⁴ o con los contratos de arrendamientos sobre bienes inmuebles⁴⁵ cuya competencia se atribuye a los jueces del país donde radique dicho bien. Sin embargo, nada impide la celebración de un arbitraje en el extranjero relativo a un contrato de arrendamiento sobre un bien inmueble situado en España o sobre la impugnación de un acuerdo de una sociedad domiciliada en España. En efecto, tal y como afirma ARTUCH IRIBERRI “el arbitraje societario es una realidad actual, no potencial, desde la Sentencia del T.S. de 18 de abril de 1998 que recordaba la disponibilidad para los socios acerca de los acuerdos sociales, dado su carácter negocial”⁴⁶.

En un supuesto de este tipo, si se plantease la necesidad de adoptar una medida cautelar por parte de los jueces españoles éstos se negarían a adoptarlas por tratarse de una competencia exclusiva de la jurisdicción española. Ahora bien, paradójicamente y aquí viene lo sorprendente del caso, si ese mismo arbitraje se desarrollase en España, nada impediría esta intervención judicial.

De todo ello resulta que, respecto de un arbitraje cuya sede radica en otro país, aunque todos o la mayoría de los elementos de la relación estén vinculados a España no podrá solicitarse el auxilio de la jurisdicción española en materia cautelar, cuando verse sobre una de las competencias exclusivas de la jurisdicción española. Y todo ello con independencia de que estemos ante una materia perfectamente arbitrable. Así se desprende, como terminamos de ver, del párrafo 2º del artículo 722 de la L.E.C. En definitiva, el carácter exclusivo de la materia actuará como límite a la colaboración jurisdiccional en el arbitraje extranjero.

⁴³ El artículo 2º de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje determina las materias que son susceptibles de ser sometidas a arbitraje de la siguiente forma: “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”.

⁴⁴ Artículo 22.3º del Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, (DOCE núm. L12, de 16 de enero de 2001).

⁴⁵ Artículo 22.1º del Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, (DOCE núm. L12, de 16 de enero de 2001).

⁴⁶ ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del ...”, art. cit., pág. 209.

Sin embargo, esta limitación no existe cuando ese mismo arbitraje se celebre en España, incluso cuando todos los elementos de la relación estén vinculados a terceros países. Es decir, que en este caso el hecho de tratarse de una de las competencias atribuidas con carácter exclusivo a nuestra jurisdicción no impediría que los jueces colaborasen en la adopción de medidas cautelares respecto de un procedimiento arbitral celebrado en España. En consecuencia, el único límite que existe al auxilio judicial en materia cautelar cuando el arbitraje se celebra en España es la arbitrabilidad de la controversia.

El arbitraje desarrollado en el extranjero se sitúa, de este modo, en clara desventaja. Puede pensarse que el legislador está tratando de favorecer y potenciar el arbitraje con sede en nuestro país frente al celebrado en el extranjero.

La única manera de dotar de eficacia al artículo 722.II de la LEC a juicio de BARONA VILAR es entendiendo que “la remisión a la competencia exclusiva es radicalmente errónea” y tal referencia “debería interpretarse en el sentido de afectar a una materia que sea susceptible de ser sometida a arbitraje”⁴⁷.

Con independencia del momento procesal en el que se insten las medidas de protección, lo cierto es que el solicitante deberá acreditar necesariamente el cumplimiento de los requisitos del artículo 728 párr. 1, 2 y 3 de la L.E.C. Esto es, probar la concurrencia del *periculum in mora*, *el fumus boni iuris* y depositar una caución o fianza. El cumplimiento de los dos primeros resulta imprescindible, si bien, la necesidad de depositar una caución parece dejarse a discreción del juez, ya que se establece que deberá prestarse esta fianza “(...) salvo que expresamente se disponga otra cosa (...)”. Entendemos que será el juez quien, en atención a las circunstancias concretas del caso, podrá eximir a la parte solicitante de prestar dicha caución.

Cuando estas medidas sean solicitadas en la fase previa, esto es, antes del inicio de las actuaciones arbitrales, el artículo 730.3º exige que una vez concedida “la parte beneficiada por ésta [la medida]⁴⁸ lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral”, so pena de quedar sin efecto. No deja de sorprender el hecho de que no se imponga al solicitante ningún plazo concreto en el que tenga que iniciar el procedimiento arbitral una vez acordada la medida⁴⁹. Sin embargo, teniendo en cuenta que

⁴⁷ BARONA VILAR, S.: Medidas cautelares en el arbitraje, Navarra, Civitas, 2006, pp. 143 y 144.

⁴⁸ El énfasis es nuestro.

⁴⁹ El artículo 730 párrafo 3º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dispone: “El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización

cuando estas medidas se solicitan al amparo de un procedimiento judicial su mantenimiento se hace depender de que “*la demanda se presente ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquellas en los 20 días siguientes a su adopción*”⁵⁰. A pesar de que indiscutiblemente no actúa este período de 20 días en el ámbito arbitral, debemos interpretar por analogía que en el caso del arbitraje deberá iniciarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, no superar un plazo muy superior a los 20 días.

3.3. Las novedades introducidas por la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre y análisis comparativo con la Ley boliviana de arbitraje de 1997.

Los diferentes fracasos en el intento de modernizar la legislación española en materia de arbitraje condujeron a la creación de una Comisión con el objeto de modificar de una vez por todas la Ley 36/1988 que tantas críticas había recibido.

La conveniencia de una reforma se hizo patente ya desde la misma promulgación de la Ley de arbitraje de 1988, como se ha visto. Sin embargo, con la nueva L.E.C. la necesidad se hace todavía más evidente. Ello se debe a que la regulación introducida en la LEC chocaba con lo dispuesto en la Ley de arbitraje de 1988 produciéndose desajustes importantes. Surgía la necesidad de reformar la Ley de arbitraje para establecer un régimen coherente entre ambos textos.

En este sentido, la LEC admite expresamente la posibilidad de adoptar medidas de protección al amparo de un procedimiento arbitral en cualquiera de las fases del procedimiento. Por el contrario, la Ley de arbitraje de 1988 únicamente permitía de forma expresa en su artículo 50 las medidas cautelares en vía de recurso de anulación contra el laudo. Es por ello que resultaba absolutamente necesario que se modificara la Ley de arbitraje con el fin de que existiera coherencia entre ambos textos. Sobre todo, a efectos de evitar los problemas de inseguridad jurídica que generaba en la práctica el hecho de que existieran dos regímenes jurídicos aplicables con regulaciones divergentes⁵¹.

Finalmente, el 23 de diciembre se aprueba la Ley, 60/2003 de Arbitraje⁵²

judicial del arbitraje o de arbitraje institucional”.

⁵⁰ Artículo 730 párrafo 2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁵¹ MARTÍNEZ GARCÍA, E.: El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 211.

⁵² B.O.E. nº 309 de 26 de diciembre de 2003.

-en adelante LA-. Esta nueva Ley deroga expresamente la anterior⁵³ y entró en vigor el 26 de marzo de 2004⁵⁴. Esta LA ha supuesto un importante avance en materia de medidas cautelares. En este sentido, se inspira directamente en la Ley modelo UNCITRAL de 1985. De este modo se pretende conseguir una armonía de soluciones con el resto de sistemas de Derecho comparado, puesto que un número importante de países ha seguido las pautas de la Ley modelo. Asimismo, es de señalar que la Ley boliviana de arbitraje y conciliación de 1997 se ha inspirado en la citada Ley⁵⁵. No obstante, la nuestra es, incluso, más ambiciosa que la propia Ley modelo por cuanto que resulta de aplicación tanto a los arbitrajes internos como a los internacionales. Esto es precisamente lo que hizo en su momento la Ley alemana de arbitraje de 1998⁵⁶. Además, también quiere abarcar los arbitrajes en materia de consumo, de arrendamientos, etc⁵⁷.

La regulación de la materia que aquí nos ocupa se contiene en sus artículos 23 y 11.3, tal y como a continuación se analiza. Es de señalar que estos preceptos incorporan la misma solución y, además, casi en términos idénticos a los previstos en la Ley modelo UNCITRAL de 1985. De manera que se ha seguido fielmente los mandatos de la fuente en la que se inspira. Así, al igual que la Ley modelo -y a diferencia de la LEC 1/2000- opta por atribuir competencia a los árbitros en materia cautelar complementando así el silencio de la LEC. Recordemos que ésta era precisamente una de las cuestiones que se había echado en falta en ésta última. No es de extrañar que la nueva Ley de arbitraje haya venido a colmar este vacío legal.

Esta posibilidad se contiene en el art. 23 donde se permite que los árbitros adopten a instancia de cualquiera de las partes “(...) *las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. (Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante)*”. Esta norma reconoce expresamente y por primera vez en nuestro país el poder de los árbitros para adoptar las medidas cautelares que estimen oportunas. Ahora bien, la competencia de los órganos arbitrales no es absoluta sino que está doblemente limitada. En efecto, por un lado, los árbitros no podrán adoptar cualquier medida cautelar, sino que

⁵³ Disposición derogatoria única de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

⁵⁴ Disposición final tercera de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje.

⁵⁵ La Ley nº 1770, de Arbitraje y Conciliación, de 10 de marzo de 1997, de Bolivia se ha basado en la Ley modelo UNCITRAL de 1985 como la mayoría de las Leyes de arbitraje. Si bien es cierto que no podemos hablar de una copia literal de la misma como ha ocurrido en otros muchos casos, sino que le ha servido de fuente de inspiración.

⁵⁶ LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: “Comentario a la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998”, R.E.D.I., 1998, vol. 2, págs. 312-317.

⁵⁷ ESPINOSA CALABUIG, R.: “Nuevas perspectivas para el arbitraje en Europa”, Ponencia presentada en el Fórum Brasil-Europa 2002, del 21 al 23 de noviembre de 2002, Florianópolis (Brasil).

ésta debe versar necesariamente sobre “(...) *el objeto del litigio* (...)”. Y, por otro lado, es de señalar que no se trata de un poder inherente de los árbitros sino que permite un “(...) *acuerdo en contrario de las partes* (...)”. Así, se prevé la posibilidad de que las partes les priven de esta competencia previo acuerdo mutuo. Pero, en caso de silencio de las partes se entiende que gozan de legitimación para su adopción.

En esta misma línea se muestra la Ley boliviana de arbitraje en cuanto que prevé igualmente la competencia a los tribunales arbitrales para ordenar las medidas precautorias que estime necesarias limitadas también al objeto del litigio y admitiendo un acuerdo en contrario de las partes⁵⁸.

Este reconocimiento no implica, empero, que el tribunal arbitral pueda actuar de oficio, puesto que rige el principio de justicia rogada según el cual los árbitros actuarán necesariamente a instancia de parte interesada y así lo exige expresamente el citado precepto. Este principio se mantiene en la Ley boliviana de arbitraje donde se exige que la medida sea solicitada a petición de una de las partes.

El último inciso es una novedad que no se contempla en la Ley modelo. Así, faculta al tribunal arbitral para que pueda solicitar la caución que estime necesaria. Pero, no le impone la obligación de exigirla, si no que en atención a las circunstancias del caso deberá valorar su necesidad. En realidad, esta misma posibilidad ya se recoge en la LEC para el supuesto en que sean los jueces quienes las adopten. De ahí que tal vez no hubiera sido necesaria su inclusión, ya que en lo no previsto en esta Ley especial se aplica el régimen general de la LEC. En consecuencia, también se condicionará la concesión de las medidas acordadas por los árbitros a la concurrencia del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*⁵⁹.

Siguiendo la misma línea que la Ley española de arbitraje, la Ley boliviana prevé la posibilidad de solicitar “*una contracautela adecuada*” a la parte que solicite la medida con el objeto de garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que la haya podido ocasionar al sujeto pasivo de la medida en caso de que se demuestre *a posteriori* que tal medida no debería haberse adoptado⁶⁰.

⁵⁸ El art. 35.1 de la Ley nº 1770, de Conciliación y Arbitraje, de 10 de marzo de 1997 de Bolivia dispone casi en idénticos términos que la ley modelo: “Salvo acuerdo en contrario de partes y a petición de una de ellas, el tribunal arbitral podrá ordenar las medidas precautorias que estime necesarias, respecto del objeto de la controversia”.

⁵⁹ Artículo 728 apartados 1, 2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

⁶⁰ El art. 35.2º de la Ley nº 1770, de Conciliación y Arbitraje, de 10 de marzo de 1997 de Bolivia establece: “El tribunal arbitral podrá exigir a la parte que solicite la medida precautoria una contracautela adecuada, a fin de asegurar la indemnización de daños y perjuicios en favor de la parte contraria para el caso que la pretensión se declare infundada”.

Esta atribución de competencia a los órganos arbitrales ha de ser valorada positivamente porque, por un lado constituye la tendencia seguida en la inmensa mayoría de los sistemas estatales e institucionales de arbitraje más utilizados en la práctica. Y, por otra parte existen poderosas razones que abogan por la conveniencia de concederles tal competencia. A título de ejemplo, baste citar el hecho de que los árbitros son quienes están en mejores condiciones de decidir acerca de la necesidad o no de adoptar una concreta medida de protección por ser quienes están conociendo del fondo del asunto. En consecuencia, también podrán actuar con mayor rapidez. No olvidemos que la rapidez es un elemento esencial en este ámbito. No obstante, es cierto que también plantea inconvenientes sobre todo en cuanto a la eficacia de tales medidas. En efecto, los árbitros carecen de poder coercitivo. De ahí que, en caso de incumplimiento carecen de mecanismos para hacer cumplir por la fuerza la tutela decretada. Es por ello que la ejecución de las mismas, en caso de reticencia corresponderá siempre y en todo caso a los órganos jurisdiccionales. Se potencia de este modo el carácter complementario de ambas instituciones.

Digno de mención resulta el 2º y último párrafo del artículo 23 donde declara su aplicación “*A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan*”, *les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos*”. Este precepto constituye una novedad importantísima ya que recoge las últimas modificaciones introducidas en el nuevo artículo 17 de la Ley modelo UNCITRAL. Así, parece que el artículo 23 muy acertadamente a nuestro juicio reconoce la misma naturaleza ejecutiva a las decisiones de los árbitros en materia cautelar que a los laudos finales. Probablemente sea de los primeros sistemas estatales de arbitraje que recoja esta novedad. Largo y tendido se ha escrito en torno a la ejecución de las medidas cautelares ordenadas por los árbitros. El problema que plantea este tipo de decisiones radica en que no constituyen un título directamente ejecutable en la mayor parte de los sistemas. Esta circunstancia hace muy difícil, por no decir imposible, su ejecución en caso de incumplimiento voluntario.

Consciente de este problema la UNCITRAL termina de concluir una reforma del artículo 17 de la Ley modelo de 1985⁶¹. Esta reforma consiste precisamente en la atribución del carácter de título ejecutivo a las decisiones de los árbitros en materia cautelar. De este modo, en caso de ser incumplidas

⁶¹ Vid. el texto completo de la reforma en A/CN.9/WG.II/WP.141, Documento presentado por el Grupo de Trabajo II en materia de arbitraje en el 44º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL), celebrada en Nueva York, del 23-27 de enero de 2006.

podrán ser ejecutadas por la fuerza. Esta previsión resulta imprescindible, ya que de nada servirá atribuir competencia a los árbitros para ordenar medidas de protección si, en caso de reticencia al cumplimiento resultará imposible hacerlas efectivas.

La Ley boliviana de arbitraje de 1997 por su parte prevé en el artículo 36.1 la posibilidad de solicitar la cooperación de los jueces estatales con el objeto de que ejecuten las medidas precautorias ordenadas por el tribunal arbitral. A tal efecto, atribuye competencia a los jueces del lugar donde deba ejecutarse la medida⁶².

Junto a la solicitud de auxilio judicial para ejecutar la citada medida, el tribunal arbitral deberá hacerle llegar al juez competente una copia auténtica del convenio arbitral, así como de la resolución arbitral que contenga la medida cautelar dictada por el tribunal arbitral⁶³.

Una vez aportada la citada documentación, el juez boliviano competente se limitará a hacer efectivo lo solicitado por el tribunal arbitral. Esto es, a ejecutar la medida cautelar, sin entrar a valorar la procedencia o improcedencia de la misma y sin que quepa la posibilidad de recurrir o de mostrar oposición⁶⁴.

A modo de excepción, se prevé un caso en el que el juez boliviano podrá oponerse a la ejecución de la medida cautelar acordada por el tribunal arbitral, en concreto será cuando la medida precautoria ordenada vaya en contra del orden público -art. 37.2 Ley boliviana de arbitraje-.

De este modo parece que en Bolivia las órdenes cautelares dictadas por un tribunal arbitral tendrán fuerza ejecutiva y por ende serán directamente ejecutables en vía judicial, salvo que sean contrarias al orden público.

Por otra parte, el artículo 11 apartado 3º de la Ley de arbitraje española dispone: “*El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal [estatal] la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas*”. Ya en la Ley modelo, donde se contiene una norma casi idéntica, fue objeto de un amplio debate la determinación del sentido y alcance de la misma. La

⁶² Vid. el art. 36.1º de la Ley nº 1770, de Conciliación y Arbitraje, de 10 de marzo de 1997 de Bolivia.

⁶³ Vid. el art. 36.2º de la Ley nº 1770, de Conciliación y Arbitraje, de 10 de marzo de 1997 de Bolivia.

⁶⁴ Vid. el art. 37.2º de la Ley nº 1770, de Conciliación y Arbitraje, de 10 de marzo de 1997 de Bolivia.

discusión giraba en torno a si el precepto estaba atribuyendo competencia a la jurisdicción estatal para ordenar medidas de aseguramiento en apoyo de un arbitraje. O, simplemente proclamaba un principio de carácter general consistente en admitir la compatibilidad entre la existencia de una cláusula de arbitraje y la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal⁶⁵.

Finalmente, fue la segunda interpretación la que sostuvo la mayor parte de la doctrina basándose en los informes del Grupo de Trabajo II de la UNCITRAL⁶⁶. De hecho, la norma se incluyó en la Ley modelo para poner fin a la polémica existente con anterioridad, pues en muchos casos los jueces habían rechazado la adopción de medidas de protección apoyándose en que existía una cláusula arbitral y, por ende, de conformidad con el art. II.3 del Convenio de Nueva York los jueces debían abstenerse de conocer por cuanto que correspondía en exclusiva a los árbitros.

En definitiva, debemos entender que el art. 11.3 de la Ley de Arbitraje establece que el hecho de que exista una cláusula arbitral no impide que las partes recurran a los jueces para que adopten las medidas oportunas. Sin que ello implique una renuncia a la cláusula de arbitraje ni una sumisión a la jurisdicción estatal. En este sentido, la norma permite el recurso a la jurisdicción estatal tanto durante el desarrollo del procedimiento arbitral o antes de que éste se inicie.

Como conclusión, el sistema español vigente en materia de arbitraje prevé una competencia concurrente de jueces y árbitros en materia cautelar. Esta dualidad de posibilidades se erige como una verdadera alternativa para las partes, ya que podrán interponer la solicitud de medidas cautelares ante los órganos que estimen más conveniente, ya sean los jueces o los árbitros.

Se confirma la necesaria complementariedad entre las instancias arbitral y judicial. Tanto es así que es precisamente esta cooperación judicial en el arbitraje la que dota de plena eficacia a este mecanismo de resolución de conflictos.

Ahora sólo queda esperar que la modificación introducida en el artículo 17 de la Ley modelo UNCITRAL sea masivamente incorporada por todos los Estados, ya que, como es bien sabido, las Leyes modelo carecen de un valor jurídico directo, y su importancia radica en el intento de unificación de

⁶⁵ MUÑOZ SABATÉ, L.: "Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral", *Rev. Jur. Cat.*, 1991, pág. 734.

⁶⁶ Vid. el Informe del Grupo de Trabajo II, de 23 de marzo de 1982, A/CN.9/216, párr. 39, págs. 336 y 337.

La Tutela Cautelar en apoyo de un Procedimiento Arbitral...

la normativa de los diferentes Estados. Esto es precisamente lo que en su día ocurrió con la Ley modelo UNCITRAL de arbitraje de 1985. De ser así, todo apunta a que en un futuro próximo estaremos ante una posibilidad real de que las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral sean eficaces.

